

¿Incumbencias en Derecho Penal?.- Depende

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

Abstract*

El concepto de incumbencia («Obliegenheit») se emplea en Derecho penal con diversas finalidades. El autor responde a la visión crítica expuesta por Juan Pablo Montiel en su reciente artículo al respecto (publicado en InDret Penal 4/2014). Concretamente afronta tres grupos de críticas: su origen iusprivatista; el uso inflacionario de la expresión y concepto; y la indefinición y manipulabilidad por parte de la doctrina penal que se ha referido a las incumbencias. La propuesta del autor consiste en reducir el uso y concepto al ámbito de la imputación extraordinaria, y no a otros que pertenecen al ámbito de las reglas de conducta, y no de imputación.

Der Obliegenheitsbegriff ist im Strafrechtsbereich mit verschiedenen Funktionen verwendet. Der Autor nimmt den kritischen Blick von Juan Pablo Montiel in seinem jüngsten Aufsatz darüber (in Indret Penal 4/2014) dargelegt. Insbesondere Bewertungen Gesichter drei Kritiken: Seine Ursprung im Privatrechtliche; der inflationäre Gebrauch des Begriffs und Ausdruck; und die Unsicherheit und Manipulierbarkeit durch die strafrechtliche Lehre. Der Vorschlag der Autor ist, den Einsatz und der Begriff in das Bereich der außerordentlichen Zurechnung zu reduzieren, und nicht andere, die im Rahmen der Verhaltensregeln fallen, und nicht zu der Zurechnungsregeln.

The concept of concern («Obliegenheit») is used in criminal law with various functions. The author answers the critical view expounded by Juan Pablo Montiel in his recent article about it (published in InDret Penal 4/2014). Specifically reviews three groups of critics: his private law origin; the inflationary use of the term and concept; and the uncertainty and manipulability by the criminal doctrine has referred to the concerns. The author's proposal is to reduce the use and concept to the realm of the strict liability, and not others that fall within the scope of the rules of conduct, and no rules of allocation.

Titel: Strafrechtliche Obliegenheiten?.- Es kommt darauf an!

Title: Concerns in Criminal Law?.- It depends!

Palabras claves: deberes complementarios, deber jurídico, imperativos, imputación, imputación extraordinaria, imputación ordinaria, incumbencias.

Stichwörter: außerordentliche Zurechnung, Imperative, Nebenpflichten, Obliegenheiten, ordentliche Zurechnung, Rechtspflicht, Zurechnung.

Keywords: allocation, complementary duties, concern, imperative, imputation, legal duties, strict liability.

* Profesor ordinario de Derecho penal (catedrático acreditado) de la Universidad de Navarra (correo electrónico: pablosostiz@unav.es). Agradezco las sugerencias y críticas al contenido inicial recibidas de Roberto Cruz, Beatriz Goena, Elena Íñigo, Cristóbal Orrego, Juan Ignacio Piña y Alex van Weezel.

Sumario

1. Introducción
2. ¿Para qué las «Obliegenheiten» en Derecho penal?
 - 2.1. Su origen iusprivatista
 - 2.2. Su uso inflacionario
 - 2.3. Su indefinición y manipulabilidad
3. En definitiva: ¿Para qué las «Obliegenheiten» en Derecho penal?
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. Introducción

1. Bajo el significativo título de «¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?», Juan Pablo MONTIEL publica un artículo en el que dirige una serie de consideraciones críticas a la idea misma de incumbencia («*Obliegenheit*»), aun reconociendo que esta puede tener cierto papel en la dogmática jurídico-penal¹. Puesto que en diversos lugares he defendido el concepto de incumbencia y su función en la doctrina de la imputación extraordinaria, valoro positivamente sus consideraciones, que pueden ayudar a depurar y clarificar la categoría, así como a definir mi posición². A la vez, pienso que cabe efectuar alguna matización a su exposición.

2. En el profundo y bien documentado trabajo de MONTIEL se recogen no pocas afirmaciones críticas sobre la expresión, concepto y uso de las «*Obliegenheiten*» por la doctrina penal. Dichas afirmaciones críticas se podrían agrupar en torno a tres temas (con ello espero no traicionar el propósito del autor, sino solo ordenar mis presentes consideraciones): En *primer lugar*, se achaca a

¹ MONTIEL, «¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?», *InDret Penal*, (4), 2014, 29 pp.

² En concreto, me he referido a la imputación extraordinaria y a las incumbencias en diversos lugares. Me ocupé de esta idea primero en SÁNCHEZ-OSTIZ, «La imputación al sujeto de sus defectos de imputación», en AA.VV., *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, t. I, 2006, pp. 241-268; además, de forma marginal, en algunas traducciones de trabajos de Hruschka (agrupados luego en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005; edición latinoamericana, 2009). Poco después se publicó *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, en el que abordé dichos conceptos en diversos lugares. También presenté las ideas básicas en una comunicación en las XLV Reuniones Filosóficas (*Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad, reflexividad*), organizadas por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Navarra, Pamplona, 23-25 de abril de 2008, publicada como «Las incumbencias como normas de conducta», en ŠILAR/SCHWEMBER AUGIER (eds.), *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad. Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity*, 2009, pp. 157-163. Poco después, en el Libro Homenaje al Profesor Mir Puig contribuí con «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2010, pp. 535-561. Recientemente, he agrupado algunos trabajos sobre el común tema de la imputación en un libro (*La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, que incluye los de 2006 y 2010, pp. 119-138 y 139-159, además de otros en los que también se hace referencia a la categoría de la imputación extraordinaria); sin embargo, y con el fin de facilitar la confrontación de pasajes, en este comentario citaré las referencias a mi trabajo («Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias») por la versión utilizada por Montiel (la de 2010), que era la publicada entonces.

la doctrina jurídico-penal que no ha tenido en cuenta el origen civilista de la figura; así, se critica «importar al Derecho penal un criterio de imputación del Derecho privado, sin tomar cabal conocimiento de su complejo funcionamiento y del alcance conceptual en su hábitat originario», lo cual genera «innumerables (y, en cierto punto, insuperables) problemas»³. Además, en *segundo lugar*, se critica a la doctrina jurídico-penal por el uso excesivo de la expresión y concepto; y «no haber sido inmune al uso inflacionario que se ha dado al término *Obliegenheit* en el Derecho privado»⁴. Y en *tercer lugar*, se pone de relieve su indefinición y carácter difuso o poco claro, que han llevado a «la manipulación de la noción de *Obliegenheit*»⁵.

Al final, y en definitiva, tal cúmulo de críticas conduce a «hacer un diagnóstico bastante desalentador»⁶ de la doctrina sobre las incumbencias. Es más, el autor reconoce su existencia, con una respuesta tan escéptica como afirmativa (*jein!*)⁷. Con todo, en opinión del autor, «sería precipitado negar directamente todo valor al concepto de *Obliegenheit* en general y en concreto en el Derecho penal»⁸.

³ MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 4. Y añade: «su traducción como “incumbencia” se halla excesivamente vinculada a la importación de una noción de *Obliegenheit* de escaso predicamento en el Derecho penal» (p. 4); reprocha «no haberse “embebido” de la discusión iusprivatista sobre su naturaleza jurídica y sobre las limitaciones de la teoría del presupuesto» (p. 14); «no podría obviarse que la dogmática jurídico-penal la ha usado incorrectamente» (p. 15); todo lo cual «deja dudas acerca de si la noción de *Obliegenheit* ha sido utilizada adecuadamente por la dogmática penal» (p. 15).

⁴ MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 6. Un uso inflacionario que se extiende a otros sectores: «El Derecho procesal penal alemán tampoco ha sido inmune al expansivo uso de la idea de *Obliegenheit*» (p. 8); lo cual contrasta con su aplicación a un grupo de casos bastante reducido y marginal: «reservada en el Derecho penal para una constelación bastante pequeña y secundaria.» (p. 4); «las *Obliegenheiten* en sentido estricto tendrían en el Derecho penal una importancia mucho más marginal de lo que la doctrina se esfuerza en mostrar» (p. 22).

⁵ MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 20. Dado que «los conceptos de “pena” y “desventaja jurídica” pueden (desde esta perspectiva) resultar fácilmente intercambiables», se «debilita aún más la autonomía que tendría –al menos en el actual estado de la cuestión en el Derecho penal– el concepto de lesión de *Obliegenheiten* frente a la lesión de deberes» (p. 19); su crítica «pone al desnudo que, en realidad, la ciencia jurídico-penal se ha aprovechado de la “plasticidad” del concepto de *Obliegenheit* para incorporar al sistema de normas del ciudadano una entidad deóntica distinta a los deberes tradicionales» (p. 19), lo cual «conduce a poner seriamente en tela de juicio el sentido de contar con un concepto autónomo, capaz de abarcar otros fenómenos normativos distintos a los deberes» (p. 20); y a constatar además que una exposición dominada por «la casuística también revela las debilidades del propio concepto» (p. 19); se trataría en fin de un «“comodín” conceptual» (p. 22). Junto a esta crítica, el autor reprocha a mi exposición poca claridad: «En mi opinión, defiende esta idea [*sc.*: la de «rechazar también la antijuridicidad del comportamiento de la víctima contrario a su *Obliegenheit*»] (pese a aparecer poco clara su formulación)...» (p. 13, n. 82); aunque «la doctrina ha defendido con razón que el hecho de tomar prestado este concepto no implica traerlo a la dogmática jurídico-penal sin modificaciones, sino que la importación se fundamenta en un “parentesco de familia”» (p. 13, n. 88); y «no me parece que esté demasiado clara la manera en que se logró ese aggiornamiento a las particularidades del Derecho penal, dado que en lo que respecta a la esencia de las *Obliegenheiten* la dogmática penal tomó la misma caracterización del Derecho privado» (n. 88, en p. 14).

⁶ MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 21.

⁷ *Ibidem*.

⁸ MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 20. Y prosigue: «En realidad, los problemas que han sido puestos de relieve no tienen tanto que ver con el concepto en sí, sino más bien con su aplicación a determinados supuestos».

3. Mi exposición seguirá el mismo orden de las tres principales críticas ahora referidas. En concreto, comenzaré por afrontar el «defecto de fábrica» iusprivatista (II.1.), seguiré con la tacha de «uso inflacionario» (II.2), para llegar a la objeción de versatilidad, indefinición y manipulabilidad (II.3). A raíz de las críticas y mi tentativa de respuesta, ofrezco (en III) una construcción en estilo más asertivo, pero sin trazar una exposición sistemática y completa, que harían desmedido este comentario y reiterativo su contenido, pues ya lo he expuesto en otros lugares⁹. Finalmente, la conclusión (IV). Mi posición aquí expresada, a modo de respuesta a la pregunta –mejor: al *reto*– que lanza MONTIEL en su trabajo, pretende sumarse al debate académico suscitado por el autor, a quien hay que agradecer su documentado y profundo análisis.

2. ¿Para qué las «Obliegenheiten» en Derecho penal?

2.1. Su origen iusprivatista

1. El primer grupo de críticas que, en opinión de MONTIEL, cabe dirigir al recurso a las «Obliegenheiten» es su procedencia del Derecho civil; más precisamente, que se haya importado un concepto sin conocer bien su contenido originario y sin las necesarias adaptaciones. Ciertamente en la doctrina civil –al menos alemana– se recurre a la expresión, y se ha elaborado un cuerpo de doctrina, como él mismo documenta en su trabajo. A pesar de todo, cabe preguntarse si las «Obliegenheiten» han de importarse desde el Derecho civil, como ya se ha hecho con otras categorías, o si se trata de las repercusiones o la faceta jurídico-penal de una institución civil. Es decir, i) si a pesar de los orígenes iusprivatistas, hemos de construir una categoría *penal* (como ya sucedió por cierto con el dolo, o con la causalidad e imputación objetiva, por ejemplo); o ii) quedarnos en meras repercusiones penales de una institución civil (como ya hacemos con la responsabilidad civil *ex delicto*, y en delitos como el de alzamiento de bienes respecto a las obligaciones que le sirven de base).

En cuanto a lo primero, no hay que olvidar cómo algunas categorías del Derecho civil han sido empleadas en Derecho penal, y cómo se ha hecho posible su reconstrucción penal precisamente por abandonar su origen civil o incluso los que se consideraban logros doctrinales en dicho ámbito del Derecho. Piénsese en concreto en el concepto de dolo (en donde nadie plantea retornar a sus orígenes en los vicios del consentimiento de doctrina de las obligaciones), pero algo semejante cabría decir de la idea de causalidad e imputación objetiva¹⁰. A la vista al menos

⁹ Véase *supra*, los trabajos citados en n. 2. Por lo demás, me remito a los autores que ya han tratado de las incumbencias y su bibliografía (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 532-555).

¹⁰ En donde los avances de la doctrina jurídico-penal son enormes. Salvando las distancias, no puede olvidarse que el punto de partida de estos desarrollos se sitúa en la obra de un *civilista*, como Larenz, cuyas aportaciones (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, 1927 [reimpr., Aalen, 1970]), son consideradas el punto de arranque de los desarrollos penalistas que fructifican en tiempos recientes. Sobre su aportación, véase ya ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón), 1976, pp. 128-129; y en nuestra doctrina CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e*

de algunos desarrollos sobre nuestra materia, es posible afirmar que lo importado, más que el contenido, parece ser la denominación. Lo cual sería un defecto criticable si la importación requiriese de los fundamentos iusprivatistas, es decir, si llevara consigo una usurpación conceptual con olvido de su matriz. Pero no parece que sea el caso. Además, la misma doctrina civil (española) en temas próximos al que nos ocupa prescinde en ocasiones de matices y detalles; así, cuando se refiere a la conducta de la víctima como obligada a disminuir el daño, en sede de Derecho de daños, no se tiene reparo en afirmar que se trata de un «deber»¹¹; como tampoco se matiza mucho al excluir la obligación de indemnizar el riesgo asegurado cuando se trata de culpa exclusiva de la víctima¹². De este modo, no cabe confiar mucho en que la capacidad de rendimiento del concepto venga de cultivar su contenido civil.

En cuanto a lo segundo, no me parece que la idea de las incumbencias sea solamente la faceta penal de una institución civil, como si se tratara de asegurar por vía penal el cumplimiento de una obligación de tal naturaleza, como sucedería, por ejemplo, frente a quien «se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». Tampoco es cuestión aquí de respetar y aplicar en Derecho penal una institución de contenido civil, como se trata en cambio en la responsabilidad civil derivada del delito, que al menos en España merece atención en el proceso penal, pero de cuya naturaleza privatista no suele dudarse. Además, no nos son desconocidos otros casos en los que el concepto civil (el de patrimonio, o el de «cosa mueble» en el hurto, por ejemplo, cede sin problemas al servicio de los fines propios del Derecho penal). Entiendo el recurso a las incumbencias como una necesidad conceptual, y como una prestación exigida al sujeto por no evitar –o provocar– sus propios defectos de imputación¹³. Que eso guarde relación con el término «incumbencia» tiene algo de razón, pero también resulta azaroso. Tiene en efecto algo de razón, por cuanto la idea apela a ciertas obligaciones o cargas de la propia víctima, de difusa definición y cumplimiento difícilmente exigible. Dicho sentido no es extraño al ámbito conceptual de las incumbencias. Pero el recurso a tal denominación tiene también algo de azaroso: aunque esa expresión tiene ventajas *gramaticales* (originalidad y empleo escaso, de modo que puede asignársele un significado diverso a los usuales de deber y obligación), *semánticas* (no significa

imputación objetiva en Derecho penal, 1998, pp. 72-75; 2ª ed., 2001, pp. 74-77; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo en imprudencia*, 2001, pp. 151-154.

¹¹ Así, por ejemplo, DE ÁNGEL YAGÜE, *La responsabilidad civil*, 1988, pp. 282-283; EL MISMO, *Tratado de responsabilidad civil*, 1993, pp. 845-846; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, 1999, p. 363 («deberes de prevención y evitación» del daño); ROCA, *Derecho de daños*, 2000, p. 146.

¹² Véase ROCA, *Derecho de daños*, 1999, p. 194. Por tanto, me parece que la crítica del autor debería dirigirse también a la doctrina civilista en lengua castellana, si es que no ha prestado atención a la institución en la doctrina alemana; igualmente, pero por otras razones, cabe criticar a la doctrina penal que en sede de imprudencia se habla a menudo de «deber de cuidado», *topos* clave en la materia, sin reparar en si se trata propiamente o no de un *deber*.

¹³ Una idea que no es ajena ni tampoco exclusiva del Derecho, según se plasma en aforismos como: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans» y semejantes (a pesar de que, en ocasiones, con una aparentemente mínima variación, cambia su sentido en «turpitudinem suam nemo detegere tenetur»); «error iruris nocet»; «casum sentit dominus»; «venire contra factum proprium non valet» (y «venire contra proprium factum nulli conceditur»); «quidquid agas, prudenter agas et respice in finem!; o en la misma expresión «actio libera in causa». Al respecto, véase DOMINGO (coord.), *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed., 2006, *passim*.

algo muy diverso a deber u obligación, pero no puede identificarse con estos) y *funcionales* (aporta una explicación coherente en ámbitos de la doctrina penal que exigen explicación: al menos, en dos, como son la relevancia de la conducta de la víctima y la imputación extraordinaria) que aconsejan su uso, no resulta necesario ni emplear exactamente la misma expresión, ni menos todavía implantar la doctrina civil al respecto en el humus de la dogmática penal¹⁴. Por tanto, los contenidos y la capacidad de rendimiento del concepto de incumbencia no pasan por dar relevancia penal a una institución de carácter civil. Incluso no es preciso –al menos en mi opinión– defender tal denominación como única posible. Pero, de momento yo no cuento con otra mejor¹⁵. Y me temo que será difícil lograr una que aporte más significado y defina mejor lo que de ella se espera.

En definitiva, sin quitar razón a que algunas discusiones de la dogmática penal han venido introducidas por los avances civilistas, y que han podido aprovechar sus avances¹⁶, no es menos cierto que, no tratándose de una institución puramente civil¹⁷, pueden crecer con vida propia y adquirir desarrollos específicamente penales. Y este es el caso¹⁸. Sentado lo anterior, hay que pronunciarse entonces sobre cuál es el papel de las incumbencias en Derecho penal.

2. Su lugar idóneo es el de la imputación extraordinaria¹⁹. Al menos, así lo he expuesto ya en otras publicaciones, y me reafirmo ahora. Entiendo que esta ubicación y este modo de presentar las incumbencias difieren del uso que se les da en diversos *topoi* como el de la conducta de

¹⁴Y sobre la implantación o trasplante de categorías civilistas en la doctrina penal cabría reflexionar sobre lo sucedido con las de causalidad e imputación objetiva (véase *supra*, n. 10). Ciertamente, su origen civil (Larenz) no ha impedido que en la dogmática penal se le haya prestado tanta atención y con tan buenos resultados, y que sea ahora la doctrina penal la que aporte luces a la civil. Así se percibe, por ejemplo, en DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, 1999, pp. 340-349, cuando menciona, como referentes actuales en la materia, las posiciones de Roxin y Jakobs (sobre todo a la de este último, aunque los contenidos que otorga a la «imputación objetiva» distan de ser propiamente los que abordan otros autores); y sobre todo en las aportaciones de Pantaleón Prieto (véase DIEZ-PICAZO, 1999, pp. 340-349, p. 346, en donde se recoge la opinión de Pantaleón: desgraciadamente las categorías de causalidad e imputación objetiva no han recibido todavía en la doctrina civil española la atención que merecen).

¹⁵En ocasiones, en los usos del término «responsable» en la lengua castellana se aplica a *personas que anticipan sus obligaciones*, de modo que responderán, que son fiables, seguras... Esta es la idea que yo veo en las incumbencias. Obviamente este sentido de personas responsables no es el de personas a las que se imputa *ex post facto* por lo realizado. Por eso, la confusión semántica a que puede dar lugar aconseja no emplear dicha expresión aquí. La expresión castellana «concernir» (también en inglés: «concern») podría designar ese ámbito conceptual, al menos en algunos de sus usos (véase *infra*, n. 57), pero sería mejor un sustantivo que el verbo.

¹⁶Piénsese además en la discusión sobre la posibilidad o no de un «injusto culpable», que debe tanto a Jhering (véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, *passim*), pero que después experimentó un desarrollo propio.

¹⁷Por lo demás, téngase en cuenta la prevención con que afronta HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 416, la definición de «Obliegenheit» y «Obliegenheitsverletzung»: al menos él manifiesta expresamente que no toma la idea con el sentido y contenido que tienen en Derecho (privado) de los seguros.

¹⁸Y así lo expuse ya en otro lugar: SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 551, n. 42.

¹⁹Véase así HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 416. Sin embargo, en el pensamiento de Hruschka se percibe una evolución que afecta precisamente a los casos de *actio illicita in causa* (véase al respecto, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, 2014, pp. 143-148, en particular, p. 143, n. 172).

autopuesta en peligro de la víctima²⁰, y el de las obligaciones que recaen sobre personas jurídicas para implantar programas de prevención de delitos, por ejemplo. Sin perjuicio de que existe algún punto de conexión, la idea es diversa. Veámoslo.

La imputación extraordinaria opera en aquellos supuestos en los que se da en el sujeto un defecto que impide la imputación (ordinaria), pero se restablece esta en ciertas ocasiones: en aquellas en las que hacemos responsable al propio sujeto del defecto en cuestión. Como mecanismo, la idea resulta bastante simple y nada novedosa, pues ya estaba en autores antiguos cuando se planteaban la responsabilidad por los propios defectos²¹, y no difiere mucho de temas que preocupan a la doctrina penal como son la imprudencia y en general los errores vencibles, así como la responsabilidad por la propia inimputabilidad o, de manera más general, la *actio libera in causa*. Esta operación de imputación por vía extraordinaria, o con base en reglas adversativas, como también las he denominado²², no resulta un procedimiento neutro o mecánico, aun a pesar de que haya podido convertirse en un mecanismo de atribución «directa» o habitual²³. En cambio, se halla cargado de desvaloración. Es más: la intolerabilidad del defecto activa las reglas adversativas para restablecer la imputación. Y ello por cuanto el defecto de imputación se ve como inaceptable. Ha de mantenerse la imputación *a pesar del defecto*.

Esta idea aleja ya la imputación extraordinaria de otros mecanismos de selección de normas aplicables, o de «reemplazo» de unos preceptos legales por otros. Me refiero a normas o preceptos que entran en juego de manera subsidiaria en defecto de otros, algo nada inusual en Derecho, en donde tampoco son raros los casos de alternatividad, inclusión y otros (como los de jerarquía y prioridad temporal). Un criterio para esos reemplazos es ciertamente el de subsidiariedad, la cual no resulta lejana a lo que ahora nos ocupa, pero no debe llevarnos a engaño. Es un procedimiento al que estamos acostumbrados (tentativa como subsidiaria a la consumación, o la omisión respecto de la comisión...), como nos parece usual atribuir responsabilidad aun en defecto de la imputación (la imprudencia como subsidiaria respecto del dolo, por ejemplo). En este sentido, hay que reconocer que también de la imputación extraordinaria puede decirse que opera de manera subsidiaria²⁴. Sin embargo, prefiero no recurrir a la subsidiariedad hasta no saber la razón por la que un precepto entra en juego en defecto de otro²⁵. Veo preferible clasificarla de otra manera, pues se corre el riesgo de entender que algunos

²⁰ Un ámbito en el que debe reconocerse las aportaciones de JAKOBS, «Prohibición de regreso en los delitos de resultado» (trad., Cancio), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 241-270; EL MISMO, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad., Cuello/Serrano), 1997, 7/56-68; 24/16-21.

²¹ Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Peña Cabrera*, t. I, 2006, pp. 241-268; ahora recogido en EL MISMO, *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 119-134.

²² En SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 36, 534.

²³ Véase JAKOBS, *System der Strafrechtliche Zurechnung*, 2012, p. 68, n. 153.

²⁴ En ocasiones se dice que se trata de un «subrogado» de la imputación: véase HRUSCHKA, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en ARTHUR KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 421-436, 431.

²⁵ En este punto, expresa Montiel (*InDret Penal*, (4), 2014, p. 20, r.t.) que «la entidad deóntica infringida en los casos de la denominada “imputación extraordinaria” deberían denominarse *deberes subsidiarios*, como especie dentro de los deberes complementarios». Como expongo en el texto, estoy de acuerdo en que operen de manera

preceptos de la legislación penal sean expresión de imputación extraordinaria, cuando en realidad supondrían una extensión conceptual indebida. Me refiero a la *provocación de la situación de crisis* en los casos de defensa (la «agresión ilegítima», que impide recurrir a la legítima defensa) o de necesidad («estado de necesidad», que cierra la posibilidad de beneficiarse de la causa de justificación). En tales casos, el legislador condiciona la aplicación de la causa de justificación a que la situación no haya sido provocada. Se trata en definitiva de la aplicación o no de una norma a la conducta realizada, y no de cuestionar la imputación, en sentido estricto: no se trata, en efecto, de decidir si el sujeto obró, es decir, de afirmar si era agente o artífice de un hecho; ni de si obró o no de manera imputable o conociendo la antijuricidad, sino de valorar la conducta con arreglo a un tipo u otro. Esta es la razón de que me haya manifestado en contra de considerar como supuesto de «imputación extraordinaria» el de la provocación de situaciones de necesidad en el ámbito de las causas de justificación (el topos de la *actio illicita in causa*)²⁶. Por tanto, baste ahora con retener que los juicios de imputación extraordinaria, o mediante reglas adversativas, expresan un reproche que mueve a restablecer la imputación a pesar del defecto. Pero eso exige saber cuándo y por qué cabe restablecer; con otras palabras, cuándo y por qué se hace responsable al sujeto de su propio defecto. Es entonces cuando aparece en escena la apelación a las incumbencias.

3. Los dos ámbitos mencionados en los que algunos autores de la doctrina penal reciente acuden a la denominación de incumbencias (la autopuesta en peligro de la víctima²⁷, y obligaciones que recaen sobre personas jurídicas²⁸) muestran un punto en común a tener en cuenta. Me refiero a que, en dichos dos casos, estamos en presencia de una conducta esperada del destinatario de la norma, quien goza de amplia libertad de acción, y a quien no se le detalla lo que puede hacer o dejar de hacer. Se trata de obligaciones que generan la expectativa de que su destinatario hará algo de su parte para precisar la concreta prestación. Sin embargo, en cada uno de ellos parecen levantarse diferencias claras: así, en el caso de la víctima que se pone en peligro, su conducta no repercute en el ámbito de su propio deber, sino de forma indirecta en la responsabilidad del

subsidiaria, pero no en que eso sea motivo para confundir el deber con la incumbencia, o para asimilar aquella con «deberes complementarios». Entre otras razones, porque complementario no es subsidiario, dado que en lógica de clases, la relación subyacente es la de interferencia, y complementariedad apela en cambio a algo que falta en un concepto para ser otro.

²⁶ Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, LH-Mir Puig, 2010, pp. 543-544.

²⁷ Además de los desarrollos a partir de la idea de Jakobs (*infra*, n. 29), véase por ejemplo, HÖRNLE, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (trad., Montaner), 2012, pp. 88-100, 96, en el marco más amplio del «principio de autoprotección» y la subsidiariedad.

²⁸ Véase en este sentido, ROBLES PLANAS, «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret Penal*, (2), 2009, p. 10; COCA VILA, «¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 55. Y planteando que el art. 31 bis CP «debería reputarse de “imputación extraordinaria”», SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 25-26.

agente, que paralelamente verá reducido el ámbito de la tipicidad de su actuar²⁹. Y en el caso de las obligaciones impuestas a las personas jurídicas de implantar programas de prevención de delitos (los «compliance programs») se trata de cargas que recaen sobre las empresas, no para prohibir delitos (esto ya se prohíbe en otros preceptos), sino para asegurar que las prohibiciones penales tienen éxito³⁰. Remiten más al carácter de normas de aseguramiento (o de flanqueo). En definitiva, en la medida en que ambos grupos de casos ofrecen puntos en común (se refieren a *obligaciones poco precisadas*, normas que *atañe a su destinatario precisar* en el caso concreto), la idea no es desdeñable. Sobre ello volveré después.

4. Por tanto, de momento cabe afirmar que el «defecto de fábrica», sea en los contenidos sea en la traducción, la crítica de su origen civilista mal asimilado, no me parece algo definitivo y decisivo. En todo caso, pienso que su relevancia es menor si situamos con precisión el ámbito conceptual en el que las incumbencias pueden operar. A mi modo de ver, dicho ámbito es el de la imputación extraordinaria. Pero no para efectuar un trasplante de categorías civiles al Derecho penal, sino para un resultado bastante más modesto, pero nada irrelevante, como veremos enseguida. Así como dicha crítica (extrasistemática) es superable, quedan todavía por responder otras (que califico de intrasistemáticas). Estas apelan a la cuestión de si la constelación de casos de responsabilidad por los propios defectos de imputación puede resolverse de manera satisfactoria con la categoría de «deber», cuando es precisamente el deber lo que no llega a operar por hallarse el sujeto en situación de defecto de imputación. Lo expondré a continuación.

²⁹ Es mérito de Jakobs haber desarrollado este concepto en sede de imputación objetiva (véase *supra*, n. 20). Al referirse a la aportación de Jakobs, Montiel se basa (*InDret Penal*, (4), 2014, pp. 6-7) sobre todo en su reciente trabajo (JAKOBS, *System der Strafrechtliche Zurechnung*, 2012), y parece haberse centrado en las referencias que en dicha obra se hacen al concepto de «Obliegenheitsverletzung». Ciertamente Jakobs ha recurrido a dicho concepto (véase la crítica de MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 15, n. 93). Pero también al de competencia o «Zuständigkeit». Y no –según entiendo– como sinónimos, de modo que significan cosas diversas y despliegan funciones distintas. Además, Jakobs se refiere a la idea cuando critica la operatividad de la imputación extraordinaria (JAKOBS, *System der Strafrechtliche Zurechnung*, 2012, pp. 67-68). Ahí se refiere a una incapacidad de acción provocada en contra de lo exigido por una «Obliegenheit». Para él se trata de un caso en el que carece de sentido y lugar apelar a la imputación extraordinaria, categoría a la que acusa de poca claridad y que considera errónea; se trataría de una «ficción». Sin embargo, cabría replicar que las ficciones no son nada ajeno en un mundo de representaciones sociales y en el del delito entendido como asignación de sentido a la conducta, como es propio de su modelo (véase JAKOBS, *System der Strafrechtliche Zurechnung*, 2012, pp. 20-23 y *passim*). Además, lo obvio de su conclusión no exime de argumentar y fundamentar la imputación aun cuando no se cumplen las exigencias del criterio de congruencia. Por otra parte, da la impresión de que Jakobs se mueve en el ámbito del modelo de la tipicidad, y no el de la excepción (JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, 17/64, 67), y por eso le parece un sinsentido –¡es que no hace falta!– pretender quedar exento de responsabilidad tras haber provocado el propio defecto de imputación. Por mi parte, me parece que apelar a incumbencias «de conocer» y «de disposición» (cfr. *infra*, II.2, párr. 4) no implica caer en una psicologización naturalista de las categorías.

³⁰ Y para obtener además otras finalidades. Aquí la prevención de delitos convive con otros objetivos, sin perjuicio de que surjan y se aprovechen sinergias de prevención interna de resultados lesivos, y con ellos de delitos. Así, es posible que la implantación de una cultura de calidad y la evitación de delitos medioambientales se potencien mutuamente. Pero eso no es óbice a lo que ahora nos interesa: que las normas penales respecto a la obligación de implantar «compliance programs» no dejen detalladamente definidos los ámbitos de conductas relevantes en cada caso.

2.2. Su uso inflacionario

1. Se formula además la objeción de que en Derecho penal se incurre en un uso excesivo e inflacionario de la idea. A la vista de las aplicaciones de las incumbencias en la doctrina (para explicar instituciones muy variadas: desde la tentativa a los *compliance programs*, pasando por la conducta autorresponsable de la víctima, la participación o las restricciones en sede de legítima defensa, para acabar en la fundamentación de las medidas de seguridad), hay que dar la razón a MONTIEL cuando detecta un recurso desmedido a la expresión en cuestión. Pienso que ahora la crítica dirigida por el autor es calificable de intrasistemática, en cuanto que se hace decir a la categoría de las incumbencias más de lo que pueden dar de sí. Es más: si designa conceptos tan variados, posiblemente no sea un término preciso. No obstante, no es despreciable atender a que la idea suele referirse a conceptos limítrofes como los de deberes secundarios, imperfectos o accesorios, obligaciones subsidiarias, operatividad como regla y excepción, imputación extraordinaria, fraude de ley, *venire contra factum proprium*...; incluso podría apelarse también a la de «normas de flaqueo». Pienso que esta conexión semántica aconseja no dejar de lado el estudio de esta fuente de responsabilidad. En efecto, la preocupación por tales grupos de casos pone de manifiesto que los conceptos de norma y deber no logran explicar todo, que no llegan a dar razón de todas las realidades aquí implicadas, y que es preciso contar con algún concepto adicional que explique el paso de la norma al deber, algo previo al deber pero orientado a este. Es más, podemos aventurar que los conceptos de norma y deber no alcanzan a explicar todo ni en sede de reglas de conducta ni en sede de reglas de imputación³¹. Para evitar el uso inflacionario se requiere apurar el contenido y detallar sus condiciones de aplicación.

Obsérvese, por otra parte, que si el uso de «Obliegenheit» es inflacionario, con mayor motivo hay que predicarlo de la tan frecuente utilización de «deber», cuyo significado tan amplio corre parejo con la habitualidad de su empleo (y algo semejante podría decirse del uso de la expresión «imputación»). De ese modo, ha perdido precisión para delimitar ámbitos normativos como los que aquí nos estamos planteando dilucidar. Por tanto, aunque el defecto de inflación sea real, no se podrá resolver recurriendo a la expresión «deber»; como tampoco calificando éste con diversos epítetos. El riesgo de inflación puede evitarse precisando su significado y restringiendo a continuación su uso.

2. El ámbito propio de las incumbencias, al menos en lo que yo entiendo y expongo, se refiere a la operatividad de la imputación extraordinaria (véase *supra*, II.1, párr. 2), un campo nada irrelevante por cuanto se hallan implicadas categorías jurídico-penales como *actio libera in causa*, imprudencia, y desconocimiento vencible de la antijuricidad, entre otras. El recurso a las incumbencias, sin embargo, tiene un alcance relativamente modesto por cuanto no es una fórmula mágica para superar cualquier problema, sino que se dirige a restablecer la imputación –

³¹ Además, pienso que se están mezclando cosas bien distintas bajo el mismo *nomen*: los defectos impeditivos de la imputación y los ámbitos de la conducta. Así, cuando las incumbencias son invocadas para delimitar el ámbito de la participación (JAKOBS, *System der Strafrechtliche Zurechnung*, 2012, p. 79), o los ámbitos de conducta que lleva consigo un deber a cumplir (*ibidem*, p. 70), como también para explicar (o rechazar) la *actio libera in causa* (*ibidem*, p. 68).

según las circunstancias, pues no siempre será posible– sin agotar todo lo que sobre el análisis de un caso cabe decir. Por tanto, y ya por este motivo, discrepo de la escasa aplicabilidad de la idea, criticada por MONTIEL, al mencionar que acaba por referirse a una constelación pequeña y secundaria³², como es el de la actuación autorresponsable de la víctima³³. Como vengo exponiendo, su operatividad propia se despliega en el ámbito de la imputación extraordinaria.

En este punto, pienso que se requiere plantear bien la cuestión de las posibles incumbencias. Así, i) una cosa es la operatividad de la *imputación extraordinaria*, la cual, en virtud de reglas adversativas, logra restablecer la imputación (de algo como hecho, o de un hecho antijurídico como culpable) aun en casos de defecto del agente. Otra ii) es el fundamento de la imputación extraordinaria en cada caso con base en lo que denominamos «incumbencia», cuya *naturaleza* parece ser la de una regla de conducta, y no de imputación, puesto que expresa cómo hay que actuar. Y finalmente, distinta es la cuestión iii) de la *sanción* que corresponde al incumbente que no actúa de la manera esperable; sanción que no tiene por qué ser menor que la asignada en casos de imputación ordinaria (aspecto que, si no se mantiene separado de la cuestión de su fundamento, puede llevar a equívocos)³⁴. A la primera cuestión ya me he referido *supra*, en II.1. Me dirijo ahora en cambio a la segunda, a la cuestión de su naturaleza: en este punto hay que referirse a si se trata de imperativos hipotéticos o categóricos (párr. 3)³⁵, y cuál es su estatus dogmático (párr. 4). A la tercera cuestión, la de su sanción, me referiré en párr. 4 y más por extenso *infra*, en II.3, párr. 4.

3. Nos preguntamos si las incumbencias son imperativos hipotéticos o categóricos. Como imperativo, una proposición expresa un mensaje obligante, una expresión que pretende influir en su destinatario en términos de constricción. Es común referirse en este punto a la exposición de Kant por ser quien, al aplicarlos a la idea de imperativo, les otorgó un concreto significado que ha pasado a la teorización de la Moral, la Ética y el Derecho³⁶, y por cuanto además formuló *el* imperativo categórico³⁷. Parece justificado referirse a la doctrina kantiana en este punto: de lo contrario, se incurre en significados descontextualizados, que acabarían en usos triviales o inútiles.

³² Véase MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 4.

³³ En concreto: «las *Obliegenheiten* existen en el Derecho penal, y su función es delimitar el campo de actuación de la víctima de cara a la tutela judicial de sus derechos; es decir, el cumplimiento de las *Obliegenheiten* de autoprotección constituye un presupuesto para el mantenimiento de la pretensión punitiva de la víctima frente al principal competente por el daño»: MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 21 (r.t.).

³⁴ Ya expuse en su momento (SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 560) esta cuestión.

³⁵ Entre otras razones, porque Montiel se cuestiona esto mismo: véase MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 11, en donde llega a la conclusión de que se trata de imperativos hipotéticos, con lo que estoy de acuerdo (a pesar de que discrepo de la calificación asignada en n. 107), aunque por otros motivos.

³⁶ Véase FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, 2009, sub «imperativo». Por lo demás, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 413. Resulta muy ilustrativo lo expresado en BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, 2010, pp. 267-268.

³⁷ Que no agota el género de los imperativos categóricos, claro está: véase HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 413; BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, 2010, p. 267, n. 38. La precisión parece obvia, pero puede aclarar algunos equívocos.

El imperativo es una regla que exige una acción en términos de constricción al destinatario³⁸; son principios *objetivos* de conducta, frente a los principios subjetivos o «máximas». Los imperativos de carácter *hipotético* son aquellos que presentan la necesidad de la acción como medio para conseguir otra cosa³⁹. Mientras que son *categoricos* aquellos que presentan una acción por sí misma, y no como medio para conseguir algo diverso⁴⁰. Ambas modalidades de imperativos prescriben una acción, constriñen a actuar, pero de manera diversa: los hipotéticos prescriben la acción como medio para un fin, mientras que los categoricos presentan una regla práctica incondicional, como objetivamente necesaria.

Aplicada esta dualidad al tema que nos ocupa, podemos afirmar que, si el mandato de una incumbencia consistiera en «al salir de vacaciones cierra la llave de paso del agua», parece un imperativo categorico; mientras que se trataría de uno hipotético el que expresara «para evitar incurrir en responsabilidad penal, sé cuidadoso en el manejo de vehículos». Con todo, es preciso no quedarse en la mera apariencia, pues en ocasiones las normas que emitimos o recibimos son abreviadas por considerarse implícitos los restantes necesarios elementos: así cuando se omite la referencia al castigo o las consecuencias que derivan de no tener en cuenta el mandato («si quieres evitar una nueva inundación, más te vale cerrar la llave de paso del agua al salir de vacaciones», o «para ahorrar en gastos, cierra la llave de paso del agua al salir de vacaciones»)⁴¹. Además, conviene no olvidar que no contamos a menudo con formulaciones expresas y claras que podamos identificar a primera vista como incumbencias, como en cambio nos parece que sucede con otras normas penales como las del homicidio o las lesiones. Pero si entendemos que la coherencia de las normas que establecen deberes pasa por la expectativa racional de que sus destinatarios harán por hacérselos presentes, pondrán los medios para conocerlos, o que tendrán conocimiento de los datos fácticos referidos a la aplicación de la norma al caso concreto, entonces la incumbencia aparece como una norma no explicitada, pero no por ello irreal o figurada. En la medida en que el mensaje de una incumbencia se refiere a mantenerse en condiciones de cumplir el deber derivado de una norma, su contenido es constrictivo para un fin, es decir, resulta que prescriben la acción como medio para un fin y no de manera incondicional⁴². En concreto, si existe

³⁸ «El imperativo se constituye como una regla que es designada por un deber que expresa la constricción de la acción» (KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, v. V, p. 20).

³⁹ Confróntese KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, v. IV, p. 414.

⁴⁰ Véase *ibidem*.

⁴¹ Como previene HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 413, cuando nos referimos a «hipotético» y «categorico», es preciso tener en cuenta el concreto significado que se les da. Así, hay que prevenir frente a la idea de que imperativo categorico es aquel que resulta terminante, directo o estricto.

⁴² Por otra parte, tengo la sensación de que la distinción entre imperativos categoricos e hipotéticos tiene algo de relativa, y que para un sujeto pueden ser hipotéticos, mientras que esa misma formulación legal sea, para otro, uno de carácter categorico (más aún cuando –para Kant– es la clave de la distinción del obrar moral, o «deber de virtud», frente al que no lo es, el jurídico, o «deber de justicia»). Ello es posible si nos referimos al ámbito de las máximas, más que la de los mandatos o prohibiciones expresadas en la ley. Si el agente hace suyo un mandato o prohibición legal, y lo asume en cuanto obligante por sí mismo sin necesidad de acudir a mecanismos de constricción mediante condición (pena, reproche social, pérdida de beneficios...), serán categoricos. Por eso, un sujeto puede asumir la prohibición penal de matar bajo amenaza de pena como un imperativo que debe cumplir no por miedo al castigo, ni por buscar la «felicidad», sino porque se plantea que es la forma de tratar a los demás

la norma «no lesiones a otros, o serás castigado con...», cada destinatario experimenta la constrictión a obrar en concreto él, y en su caso particular cuando esté ante otros. Y le ataña a él tanto derivar de la norma el concreto deber en cada caso singular, como mantenerse en disposición de poder cumplirlo llegado el caso. En la medida en que esto es condición para poder cumplir el deber derivado de la norma, se trata de imperativos hipotéticos. En cambio, no podemos pensar que se trata de imperativos categóricos por el hecho de que no contengan pena, pues los mandatos bajo amenaza de pena son solo unos de los posibles imperativos hipotéticos. Existen también otros imperativos hipotéticos: como cuando el criminal se decide por el arma certera, o cuando el policía apunta su arma reglamentaria frente al agresor, pues acertar y ser preciso en el uso de un instrumento es algo propio de la habilidad, hasta el punto de que es condición de la eficacia de dicho instrumento que se emplee así⁴³. Pues bien, puesto que la condición de aplicación y vigencia de una norma (formulada como imperativo categórico o hipotético⁴⁴), parte de que el destinatario es quien deducirá de ella el deber y contará con los datos fácticos para los que rige eventualmente dicho deber, *la incumbencia se presenta y opera como un imperativo hipotético*. En esto coincido con la conclusión a la que llega MONTIEL, aunque difiera el ámbito de aplicación de las incumbencias al que él se refiere (véase *supra*, II.1, párr. 2). Confío en que sea productivo el planteamiento apuntado por el autor, al concluir su trabajo⁴⁵, respecto a la posibilidad de que el enfoque adecuado sería el de las normas primaria y secundaria, pero de nuevo él parece estar refiriéndose a las incumbencias como ámbitos de autorresponsabilidad de la víctima, mientras que mi propuesta mira en otra dirección.

4. Es preciso adentrarse también en la cuestión del estatuto dogmático de estos imperativos hipotéticos, por cuanto es habitual la idea de que las incumbencias encierran deberes menos intensos, obligaciones débiles o incompletas, o que dan lugar solo a sanciones menos severas⁴⁶. En efecto, para el destinatario parece ser diverso el sentido obligante en las normas directas (prohibiciones y prescripciones que se hallan en la base de los tipos penales) frente a las que entran en juego para casos de defectos de imputación (*actio libera in causa* y errores evitables). Entiendo que las ideas de deber y obligación no logran explicar el concreto mecanismo de acción y motivación mediante normas de los destinatarios. Parece que no todo es explicable en clave de deber u obligación, tanto en Derecho civil (al usuario que ha pagado el servicio de transporte le

como un fin en sí. Y entonces «obra moralmente» –diría Kant. Pero si se abstiene de matar por miedo al castigo, entonces «obra jurídicamente», o sea, cumpliendo un «deber jurídico» –diría también Kant. Del mismo modo, todo imperativo puede verse como hipotético desde la idea de que las reglas son razones para actuar (así, en autores como H. L. A. Hart y J. Raz): la clave de la distinción va a estar en cuáles son las razones para ese actuar: si son las de la utilidad o placer, o solo las de respeto del deber.

⁴³ Por tanto, no transmiten meros consejos. Estoy de acuerdo con la crítica de MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 19, n. 117 (que comienza en p. 18), a quienes entienden que se trata de conductas supererogatorias, de reglas que transmiten simplemente *consejos*.

⁴⁴ Obsérvese que un imperativo categórico (¡no mates!) también encierra condiciones de aplicación, que el destinatario hace presentes: para poder cumplir dicho imperativo, le ataña conocer si está delante de una persona, si el arma está descargada o no...

⁴⁵ En MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 22.

⁴⁶ Véase MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, pp. 10-11, con base en desarrollos a partir de la obra de SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953.

corresponde estar a la hora precisa en el lugar adecuado para recibir la prestación a la que tiene derecho) como en Derecho penal (al destinatario de la norma de no matar le atañe preocuparse de no desplegar cursos de riesgos que luego no controle y puedan resultar gravemente lesivos). Y la solución no pasa por rebajar la carga de intensidad en unos y otros casos mediante el expediente de hablar de deberes «débiles» o «menos intensos».

No niego que su apariencia pueda ser la de deberes «débiles», pero no pasa de una descripción externa, que no se fundamenta en su razón de ser. A mi modo de ver, a pesar de su inconcreción, no se trata de principios en el sentido estricto de la expresión, como tampoco de meta-reglas para operar y definir reglas. Se trata, en cambio, de *reglas*, dado que cuentan con un presupuesto consistente en una situación en la que el destinatario tiene que actuar o dejar de actuar. Pero lo que distingue las incumbencias de otras reglas de conducta como los «deberes» es que en aquellas el presupuesto queda indeterminado (pero no deja de existir; y por eso no se trata de «principios») y en manos del destinatario, para que sea él quien identifique los datos fácticos que pueden hacer que el deber sea operativo, así como los detalles de contenido de la norma y la conexión de esta al caso, y también para que se mantenga en disposición de cumplir el deber cuando llegue el momento concreto de cumplir. Es decir, que le atañe precisar el deber concreto que sobre él recae⁴⁷. Si a esto añadimos que se trata de imperativos hipotéticos (*supra*, párr. 3), la operatividad de las incumbencias es *funcional*: sirven a los fines de la concreción de la norma en deber en el caso singular; y no sirven en cambio para identificar los bienes jurídicos fundamentales en una sociedad.

De este modo, pienso que puede plantearse una solución distinguiendo dentro de la «obligación» tres niveles. En el plano más abstracto, i) la *norma* (prohibitiva, prescriptiva o permisiva); a continuación, ii) en un nivel de «concreción para la acción» o de «regla de conducta», el *deber* (prohibición o mandato) y la *permisión* (facultad); y en sentido operativo o funcional, iii) las *incumbencias* (de conocer y de disposición) como instrumentos de concreción de la norma en deber y permisión. Además, aparte, en la aplicación de forma retrospectiva de la regla de conducta al caso ya realizado, los *tipos* (comisivos, omisivos y causas de justificación) resultantes de aplicar el deber y la permisión. A su vez, en un plano diverso operan las «reglas de imputación».

⁴⁷ Contrario a que las «Obliegenheiten» posean entidad propia, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo en imprudencia*, 2001, p. 304, n. 907 (que comienza en p. 303). Sin embargo, como expone: «O existe un deber complementario en ese sentido [sc.: de mantener la capacidad de acción para cumplir con el deber de cuidado] o no hay injusto penal»; «[l]os deberes de cuidado se pueden intensificar y ampliar (también temporalmente) en la medida en que ello sea deseable para la protección de bienes jurídicos y, evidentemente, legítimamente practicable». Pienso que de eso puede tratarse con las incumbencias, cuyo ámbito de referencia va más allá del deber de cuidado, y afecta al de la propia capacidad de acción, conocimiento de la antijuricidad y mantenimiento de la propia capacidad de actuar conforme a la norma. También CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002, XI/170, en sede de inimputabilidad (*actio libera in causa*), se muestra crítico frente a las incumbencias («obligaciones»), por entender que se trata de una construcción artificial, «una perífrasis para indicar que el incumplimiento de la obligación no es otra cosa que la realización de la acción que produjo el resultado precedido de la pérdida de imputabilidad»; que es algo artificial o un rodeo para hablar de lo mismo es algo que sería válido si incumbencia fuera sinónimo de obligación, y si no distinguimos entre deber y obligación.

Cabe así argumentar la existencia y operatividad de las incumbencias desde la lógica propia de las normas⁴⁸, cuya eficacia exige concretar tanto el contenido normativo (premisa mayor) como las condiciones de aplicabilidad (premisa menor) del silogismo práctico del agente destinatario de la norma⁴⁹. Sin la incumbencia de conocer, tanto la norma como los datos fácticos, el mensaje del imperativo resultará inoperante pues quedará en expresiones meramente descriptivas, sin functor deóntico posible (daría lo mismo afirmar «llueve» que «¡no debes matar!»)⁵⁰. Con otras palabras: una norma que no cuente con un destinatario que la concrete resultaría vana y fútil⁵¹. En cambio, pertenece a la constitución racional (racionalidad práctica) del destinatario concretar la norma en deber para el caso singular (silogismo práctico), y ordenarse a sí mismo al actuar en cada situación singular⁵². Por tanto, todo imperativo parte de la constitución racional del destinatario, quien goza de libertad hasta donde el deber surja, pero a quien atañe mantenerse en condiciones de poder cumplirlo cuando surja⁵³.

Lo cual se diversifica en dos direcciones: por un lado, incumbe al destinatario *conocer* tanto los datos fácticos (tengo delante a una persona y no un animal), como los contenidos normativos (está prohibido matar a otro), que son condiciones de aplicabilidad de la norma (¡prohibido matar!) en el caso concreto: es decir, el paso de la premisa mayor a la conclusión a través de la premisa menor. Y por otro, le incumbe también mantenerse en *disposición* de poder cumplir el deber ejerciendo la voluntad tanto para actuar (evitando la pérdida de control y ejerciendo la volición), como para actuar motivadamente por la norma conocida (evitando perder la voluntariedad requerida para seguir el deber). Dicho de otro modo, que en medio de la libertad general de actuación de que goza el destinatario de las normas, se cuenta también con que podrá

⁴⁸ Para HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 417, «la infracción de una incumbencia [...] es condición para la posibilidad de la sanción por la infracción de un [...] deber» (r.a.).

⁴⁹ Permítaseme un argumento *a maiore* derivado de un *topos* bien conocido a la doctrina penal: el del *fin de protección de la norma*. Si se discute tanto su vigencia general, y se admite de manera general (véase por ejemplo, ROXIN, «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, pp. 149-180; y más allá del Derecho penal, la propuesta de NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* [trad., Navarro], 1980, *passim*, sobre la contrariedad al fin de la norma: que él denomina «enantiotelidad»), así como el concreto contenido en la resolución de casos, ¡cuanto más deberá exigirse al destinatario que concrete la aplicabilidad al caso singular de esa norma cuyo fin se debate!

⁵⁰ A su vez, se cuestiona y critica (MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 15) que las incumbencias sean obligaciones respecto a uno mismo («La primera cuestión que se revela sumamente discutible es que todos estos casos caigan bajo la fórmula de una “obligación frente a uno mismo”»). Si por dicha expresión se entiende que son deberes éticos, hay que afirmar que las incumbencias tienen la naturaleza de la norma cuya concreción en deberes vienen a posibilitar; por lo que hay también incumbencias éticas (para normas éticas), como hay incumbencias jurídicas (para normas jurídicas). Pero si partimos de lo que ahora se expone, las incumbencias serían condiciones de aplicación de las normas, por cuanto posibilitan la concreción de la norma en deber. Véase *infra*, párr. 5.

⁵¹ Ha señalado MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 614-619, 643, cómo las normas no se cumplen por sí mismas (requieren de las secundarias o de sanción) así como tampoco se re-estabilizan solas (exigen su vigencia en caso de infracción mediante la aplicación de sanciones). Véase también el planteamiento de KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, pp. 132-136 y VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 36-37.

⁵² Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 548.

⁵³ Véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 134, en n. 148, remitiéndose a EL MISMO, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 67-74.

cumplir llegado el caso los respectivos deberes. Eso son las incumbencias. Y en concreto: i) las *incumbencias de conocer* tanto la norma como los datos fácticos; y ii) las *incumbencias de disposición* para actuar (ejercer la volición) y seguir la norma (voluntariedad).

5. Como la incumbencia «precede» al deber y «sigue» a la norma, dependerá aquella de cuál sea la norma a la que vienen a hacer operativa. Así, no cabe descartar que las incumbencias sean de la misma naturaleza que la norma y deber en cuestión. Así, puede afirmarse por tanto que una norma penal exigirá una incumbencia de ese mismo carácter. No se trata, en cambio, de normas morales (*rectius*: éticas) que se ubican «a escondidas» en el sistema penal⁵⁴. Y, por otra parte, cabe afirmar que una norma de Derecho administrativo que prohíbe u obliga tendrá también incumbencias de esa misma naturaleza administrativa. Y las normas éticas, igualmente vendrán acompañadas de incumbencias de tal carácter. Y las normas del juego o de la rentabilidad económica –reglas prácticas también– vendrán acompañadas de expectativas de concreción en deberes, si es que de «normas» se trata. Distinto puede ser, en cambio, respecto a la normas permisivas (causas de justificación) en cuanto que las cláusulas de no provocación ahora previstas, por ejemplo, en sede de legítima defensa y estado de necesidad en el código penal español podrían verse como supuestos de imputación extraordinaria, más en concreto de *actio illicita in causa*. Pienso que, como ya he dejado dicho⁵⁵, los supuestos previstos de no provocación en las causas de justificación no responden a la idea de la imputación extraordinaria, por más que se trate de preceptos de aplicación subsidiaria, pues no operan para restablecer la imputación (las causas de justificación pertenecen al ámbito de las reglas de conductas y no al de las reglas de imputación)⁵⁶.

6. En definitiva, tampoco me parece insuperable la crítica intrasistemática de su uso inflacionario. Donde lo sea, no cabe si no constatar la inflación y dar la razón al autor, y evitar tal defecto. Pero no existirá tal inflación si se concreta bien su ámbito conceptual y se detalla su operatividad. Según vengo exponiendo en este y otros escritos, su ámbito es el de la imputación extraordinaria, y su operatividad el de restablecer la imputación cuando hacemos responsable al sujeto de no haber realizado aquello que le atañe en cuanto a la concreción de las normas en deber. Puede decirse que dicho ámbito y operatividad puede valorarse como modesto, pero concreto y ajustado a la realidad de la imputación. De lo contrario, no vaya a ser que «huyendo de la inflación, corramos el riesgo de entrar en deflación».

⁵⁴ Véase la crítica ya en HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 416, implícitamente.

⁵⁵ Véase *supra*, II.1, párr 2 y SÁNCHEZ-OSTIZ, LH-Mir Puig, 2010, pp. 543-544.

⁵⁶ Lógicamente, hay que plantearse la operatividad de la imputación extraordinaria *en las normas permisivas*. Para poder actuar de acuerdo con una facultad (derivada de una norma permisiva), incumbe al sujeto conocer que concurren los elementos fácticos de aplicación de esa norma permisiva. Si el sujeto los da erróneamente por existentes, no realiza un hecho que le permita gozar de la facultad; las consecuencias que de ahí se deriven (error de tipo, o error de prohibición, según otros) son posteriores a la incumbencia de conocer los datos fácticos que posibilitan la permisión. Y si el sujeto desconoce que realmente se dan, no realiza *en ese* aspecto un hecho –no le es imputable como tal–, por lo que no tiene acceso a una permisión, salvo que se establezca la imputación para sopesar a continuación que en tales casos concurren motivos para prohibir y condenar, como también para permitir y absolver, que conducen a una atenuación.

2.3. Su indefinición y manipulabilidad

1. Vayamos finalmente al tercero de los grupos de objeciones. Como ya expresé más arriba, es preciso responder a la crítica de su manipulabilidad e indefinición. Se trata de nuevo de una crítica intrasistemática, por cuanto se refiere a la operatividad de un elemento desde dentro del sistema de la imputación. Me referiré a tres aspectos a propósito de esta objeción: su denominación y terminología (párr. 2); si pertenecen al ámbito de las reglas de conducta o de imputación (párr. 3); y las consecuencias por la infracción de la incumbencia (párr. 4).

2. El primero hace referencia a la denominación de «incumbencia» y cómo se hallan formuladas. Como bien expone MONTIEL, la expresión «Obliegenheit» y su traducción como «incumbencia» no está exenta de problemas. Estos derivan ya de la expresión gramatical misma⁵⁷. Su etimología resulta gráfica a los efectos de esta exposición: del latín *incumbere*, que significa dejarse caer (algo) sobre alguien, que apela a un encargo o cometido⁵⁸. Lo cual enlaza con la etimología del término alemán: «auf liegen», es decir, situar sobre, colocar sobre, y no de la latina *obligatio*⁵⁹. Como ya me he manifestado, no tengo inconveniente en abandonar esta terminología, si es que aparece otra mejor para designar esa peculiar categoría normativa⁶⁰. Lo que interesa ahora es que se trata de una categoría de contenido obligacional, constrictivo, cuyo ámbito conceptual no coincide sin embargo con el del deber. Por tanto, y con la salvedad mostrada *supra*, II.1, párr. 1, no veo inconveniente en continuar usando esa expresión, pero asumo la carga de dotarla de más precisión y contenido, como he hecho en otros lugares y espero estar haciendo en esta contribución.

No puede obviarse que en este contexto se detecta un uso ambiguo de otra expresión («Zuständigkeit», o competencia) que lleva a que la idea de incumbencia se halle bajo sospecha de confusión. Sin embargo, si se emplean (precisamente por JAKOBS) tanto la idea de competencia (para definir ámbitos de libertad y responsabilidad), como también la de «Obliegenheit», no pueden significar lo mismo en su planteamiento. Yo me refiero únicamente al ámbito de la

⁵⁷ Ya me referí en SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 551, n. 41, al uso de «incumbencia» en los Diccionarios históricos. A este ámbito conceptual debe añadirse alguna referencia al uso del concepto: véase MOLINER, *Diccionario de uso del español*, 3ª ed., 2007, *passim*, en donde *sub* «incumbencia» se expresa: «Acción y efecto, etc., que corresponde a determinada persona»; «Encargo o diligencia que alguien tiene que realizar». Y *sub* «incumbir»: «Ser cierta persona la obligada a encargarse de la acción, función o misión que se expresa»; «atañer, competer, concernir, corresponder, ser cosa de». Aunque no está exento de problemas, ciertamente podría buscarse cierta similitud con el significado de la raíz «concernir» (español) y «concern» (inglés), si tuviera una formulación como sustantivo, mejor que verbal. Véase *supra*, n. 15.

⁵⁸ Véase MOLINER, *Diccionario de uso del español*, *sub* «incumbir».

⁵⁹ Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 550, n. 39.

⁶⁰ Es más, cabe afirmar que, aunque en los juristas clásicos no se recurra a menudo a la expresión literal ni a una completa sistematización, el problema se encuentra presente y es objeto de gran atención. Véase HRUSCHKA, «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*» (= *ZStW*, (96), 1984, pp. 661-702), ahora en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, pp. 55-88. Me he referido a esta idea en «La imputación al sujeto de sus defectos de imputación», en SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Peña Cabrera*, t. I, 2006, pp. 241-268 (= *La libertad del Derecho penal*, 2014, pp. 119-134).

imputación extraordinaria, sin perjuicio de que el de la conducta de la víctima pueda alimentar la idea de incumbencia (en este sentido, cabe decir que «no todo lo que nos incumbe constituye una incumbencia jurídico-penal»). Pero entonces me veré obligado a precisar y delimitar ambos significados. Adentrarse en ese tema nos llevaría muy lejos y no es el objeto de mi interés ahora.

Por otro lado, si se rastrea en el ordenamiento positivizado y en su aplicación, la formulación expresa de las incumbencias deja mucho que desear, lo cual produce cierta confusión o dificultad de identificarlas⁶¹. Cabe decir que su indefinición corre pareja con la dispersión en el ordenamiento, y su no previsión de modo expreso, salvo excepciones. En efecto, se percibe cómo no se formulan habitualmente de manera expresa en el ordenamiento, excepto en algunos casos, y entonces de manera confusa. Es más, hay cierta ubicuidad en la formulación de incumbencias⁶², de modo que en ocasiones se recogen en normas penales *stricto sensu*, y en otras en el Derecho administrativo, como también en otros sectores⁶³. Así, cabría rastrear algunos sectores del ordenamiento y detectar que algunas previsiones normativas expresas van encaminadas a hacer efectivas las prohibiciones y prescripciones mediante el hacer presente (actualizar) por el sujeto destinatario el mensaje obligatorio de la norma para su caso concreto⁶⁴. En concreto, sugiero a modo de ejemplo, lo previsto en el Derecho farmacéutico⁶⁵, pero podrían indagarse en otros ámbitos⁶⁶, incluso en el propio Derecho penal⁶⁷.

⁶¹ Véase HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 417.

⁶² Véase HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 417, cuando afirma que se trata de «conceptos relativos» (r.t.). o de una «distinción gradual» (p. 416), y que ejemplifica en la previsión legislativa alemana del delito de Vollrausch (§ 323a StGB) respecto a la incumbencia de no perder la conciencia. Véase además, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 540, n. 107.

⁶³ También cabe plantearse –dado que se trata de normas incompletas, requeridas, si no de complemento, sí de concreción– si revisten la forma de normas de referencia a las que se remiten «leyes penales en blanco». Pero dilucidar este aspecto no aportaría mucho.

⁶⁴ Algo que ya es conocido en sede de deber de cuidado en la dogmática de la imprudencia: sobre la relevancia de los deberes de cuidado previstos expresamente en la ley, véase FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo en imprudencia*, 2001, pp. 287-290, 308-311.

⁶⁵ Véase Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE nº 102, de 29 de abril de 1986), art. 35.A).1: son infracciones leves «[l]as simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública»; Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (BOE nº 178, de 27 de julio de 2006), art. 53.2: «Los profesionales sanitarios tienen el deber de comunicar con celeridad a los órganos competentes en materia de farmacovigilancia de cada Comunidad Autónoma las sospechas de reacciones adversas de las que tengan conocimiento y que pudieran haber sido causadas por medicamentos»; art. 70.1: «Los almacenes mayoristas y, en su caso, los laboratorios farmacéuticos que distribuyan directamente sus productos estarán obligados: a) A disponer de locales, y equipos dotados de medios personales, materiales y técnicos para garantizar la correcta conservación y distribución de los medicamentos, con plena garantía para la salud pública. b) A garantizar la observancia de las condiciones generales o particulares de conservación de los medicamentos y especialmente el mantenimiento de la cadena de frío en toda la red de distribución mediante procedimientos normalizados. c) A mantener unas existencias mínimas de medicamentos que garanticen la adecuada continuidad del abastecimiento». Se trata solo de meros ejemplos, seleccionados sin carácter exhaustivo.

⁶⁶ Así, i) en el Derecho de la circulación vial, o de los «deberes» tributarios anejos a los deberes en sentido estricto de contribuir. También ii) en normativas sectoriales como las de la energía nuclear o manipulación de alimentos. O iii) en normativas profesionales como en las de la abogacía o auditoría. iv) En normas producto de autorregulación como en las normas industriales o de calidad. v) En la faceta de fomento del Derecho

Así como la idea de imputación extraordinaria puede aceptarse con más o menos reticencias – pues a fin de cuentas los errores vencibles y la imprudencia, como también con sus más y sus menos la *actio libera in causa*, forman parte de los temas habituales de legislación, jurisprudencia y doctrina–, no es tan fácil dar con la razón de esa imputación más allá de una genérica infracción del deber –y/o de la norma– de cuidado⁶⁸. Hay aquí todavía mucho por elaborar y proponer. Pero eso no es óbice a la existencia de la categoría, sino muestra de que en el trabajo de dogmática se avanza paso a paso.

3. La segunda cuestión es la de si constituyen reglas de conducta o de imputación. Apelar a las incumbencias permite restablecer la imputación (de primero o de segundo nivel, *imputatio facti* o *imputatio iuris*, respectivamente) cuando se da un defecto de imputación en el sujeto del que este ha de responder. Puesto que opera en el ámbito de las reglas de imputación, parece que su estatus sería el de una regla de esta naturaleza. Sin embargo, entiendo que *se trata de reglas de conducta, pero su operatividad se refiere a las reglas de imputación*. Así, se trataría de reglas dirigidas, tanto al destinatario de la norma de conducta primaria (para que haga presente o actualice la norma abstracta en deber concreto en función de sus circunstancias), como al sujeto que imputa (indicándole cómo ha de comportarse al efectuar los –ambos– juicios de imputación). Como regla de conducta, rige para orientar al destinatario de una norma y al sujeto imputante; y nada impide que ambos papeles coincidan en un mismo sujeto: así cuando en el ámbito de la propia conciencia el agente no actualiza la norma en deber y además «se da cuenta» de ello, es decir, se atribuye responsabilidad a sí mismo. No constituye, en cambio, una regla de imputación, pues estas establecen cuándo y por qué se imputa algo como hecho (*imputatio facti*, basada en la existencia de conocimiento y control) y de un hecho como culpable (*imputatio iuris*, basada en la actuación con comprensión y voluntariedad), y son precisamente estas reglas las que llevan a hacer cesar la imputación respectiva. Sin embargo, su naturaleza de regla de conducta no impide que despliegue sus efectos sobre las reglas de imputación, dado que se restablece el juicio de atribución inicialmente suspendido. Pero eso es otra cuestión, que trato a continuación.

administrativo, cuando se prevé en el marco de políticas públicas la difusión y adquisición de hábitos de conducta por parte de los destinatarios (educación vial, por ejemplo).

⁶⁷ En donde, al menos en tres delitos previstos *en función del cargo*, podrían haberse previsto incumbencias bajo el ropaje de «deberes penales» (lo dejo aquí planteado, como hipótesis). Así, en los arts. 176, para el delito de pasividad ante la tortura cometida por otros (en donde no se especifica que sea un tipo imprudente); 391, para el de permisión de falsedades por terceros (modalidad de imprudencia grave); y 432, para el delito de consentir que un tercero sustraiga caudales públicos (en donde tampoco se especifica que sea un tipo imprudente).

⁶⁸ Piénsese en cómo se ha avanzado en otros ámbitos de la lógica de las normas (véase en HRUSCHKA, «Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2005, pp. 41-54): así como el planteamiento de Aristóteles era en ese sentido reducido (se quedaba en que una acción, o estaba prohibida, o estaba permitida: véase *ibidem*, p. 42), hubo que esperar unos siglos a que el cuadrado deontológico ampliara el panorama de reglas; y no fue hasta el s. XX cuando se completa (Kalinowski) con el hexágono deontológico (*ibidem*, pp. 50-51). Y en otros autores que entrevén buena parte de los avances de la doctrina de la imputación, como Kant, no se expone sobre las incumbencias en este sentido (véase referencias en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 537-538, n. 99), pero sí sobre el «deber indirecto» de formar la propia conciencia (véase referencia, *ibidem*).

4. En efecto, se trata de la cuestión de la consecuencia derivada de la infracción de la incumbencia respectiva. Puesto que se trata de imperativos hipotéticos (véase *supra*, II.2, párr. 3), es propio de ellos incorporar una condición que se convierte en razón para actuar. Aquí no se trata del anuncio de una pena –o en general, de una sanción– por su infracción, sino de la consecuencia de que la imputación no va a verse impedida. Y ello por cuanto forma parte de nuestras representaciones sociales y el modo propio de entendernos que la atribución de responsabilidad solo procede cuando el sujeto sabe y controla lo que sabe, es decir, cuando hay conocimiento y voluntad –dicho ahora de manera genérica y vulgar. Con otras palabras: el presupuesto de aplicación de una incumbencia, en cuanto norma que es, rezaría así: «si eres destinatario de una norma, preocúpate de conocer el concreto deber y las circunstancias del caso, así como de mantenerte en disposición de poder cumplirlo, porque, si no, ...»; y la consecuencia: «... se te imputará igualmente». Para entenderlo, pienso que debemos aceptar que la norma, *per se*, no es apta para la acción hasta que el destinatario conoce su contenido y se lo aplica a su caso concreto⁶⁹. Es decir, que las normas no existen en el mundo de las bases de datos o bibliotecas de legislación, sino en el de la agencia de los destinatarios racionales. Y aquí, como mensajes operativos que han de ser actualizados en el razonamiento práctico. Por lo que se precisa conocerlas y ser conocedor de las circunstancias de aplicación⁷⁰. Por eso se podría decir, de manera en cierto modo provocadora, que es antes la imprudencia que la conducta dolosa, pues primero se espera del sujeto destinatario de la norma que la conozca y concrete en deber, y solo después viene la conducta dolosa contraria. Formulado ahora de manera funcional: así como *el deber sigue a la norma en el orden de la formulación, la incumbencia precede al deber en el orden de la acción*. De este modo, aparece claro que la consecuencia por el incumplimiento de la incumbencia no es la imposición de una sanción en sentido estricto –de una pena o similar⁷¹–, sino el restablecimiento de la imputación que se vio inicial y provisionalmente interrumpida por el defecto de imputación.

Lo cual posibilita restablecer la imputación y poder afirmar que el sujeto es artífice de un hecho (*imputatio facti*) o de un hecho culpable (*imputatio iuris*) para proseguir: i) en el primero de esos dos casos (tras la *imputatio facti*) con la valoración de ese hecho; y ii) en el segundo, con el reproche propio de la culpabilidad. Es entonces, en i), cuando el «deber de cuidado» entra en juego para valorar el hecho como típicamente antijurídico a los efectos del precepto del delito

⁶⁹ La distinción entre norma y deber fue propuesta por Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp. 131, 138-140, y explica la función que cumplen las incumbencias, aunque él no se refiriera expresamente a esta denominación. «La norma es la forma ideal [Denkform] de la obligatoriedad del Derecho» (p. 138); «la norma es la forma ideal de la vinculatoriedad de las personas» (p. 124), mientras que el deber (jurídico) es «la “vinculatoriedad jurídica” de una determinada persona singular, en un determinado momento, para un obrar u omitir determinados» (p. 131, r.t.). Sin embargo, no me parece que la norma se concrete siempre para los capaces de acción, como formula Kaufmann (p. 139), sino que exige del destinatario un proceso intelectual y volitivo, que es el objeto de las incumbencias.

⁷⁰ Circunstancias que, en el planteamiento de Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 94, serían presupuestos del deber (concreto), y no de la norma.

⁷¹ Como expresa HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 416, solo la infracción de deberes (jurídicos) se castiga, mientras que la infracción de incumbencias queda *en cuanto tal* impune» (r.t.).

(imprudente⁷²) en cuestión. Por tanto, la incumbencia opera para restablecer la imputación del hecho, que luego se valora con arreglo al deber de cuidado respectivo –y entonces, si, por ejemplo, el resultado producido no estaba abarcado por el fin de la «norma» en cuestión, el hecho será atípico, pero se imputó como un *hecho*⁷³ (algo que se requiere para poder afirmar luego que es un *hecho típico*). Incumbencia y deber de cuidado son entidades diversas por tanto⁷⁴. En este ámbito de valoración del hecho imputado extraordinariamente (es decir, a pesar del defecto), es donde pueden operar *topoi* como el de «competencia de la víctima» para apreciar y precisar la tipicidad de la conducta imprudente del sujeto. Y en ii), cuando la imputación extraordinaria logra restablecer el reproche de la culpabilidad (*imputatio iuris*) no procede apelar al deber de cuidado para reprochar al agente su defecto (pues la conducta ya es típica), sino a lo tolerable o no de su error o falta de suficiente voluntariedad. Si acaso, quedaría por ver la concreta necesidad de castigar, pero esto es ya otra cuestión, ajena a la imputación en sentido estricto.

5. En conclusión, la tacha de indefinición puede también evitarse, siempre que se logre detallar su contenido, que es lo que he pretendido exponer ahora. Y concretando su significado, cabe conjurar el riesgo de manipulabilidad que denuncia el autor. De lo contrario, insistir en la manipulabilidad del concepto, ¿no sería, a su vez, una manipulación?

3. En definitiva: ¿Para qué las «Obliegenheiten» en Derecho penal?

1. La respuesta que, por tanto, cabe dirigir a la pregunta lanzada como un reto por el autor es *afirmativa*; pero no por ello carente de reparos o reservas, como deseo indicar con el «*depende*». En efecto, *dependerá de la función* que se les otorgue. Según entiendo, su operatividad adecuada se da en el ámbito de la imputación extraordinaria, en donde vendrían a servir de fundamento para restablecer la imputación provisionalmente interrumpida. Su operatividad, en cambio, no es necesariamente la de atenuar la sanción⁷⁵. Y menos todavía la de fundamentar una consecuencia penal cuando se carece de la base necesaria para atribuir responsabilidad, eludir una laguna legal, o suplir un defecto de la ley⁷⁶. Poseen capacidad explicativa y vienen a satisfacer una no

⁷² Véase lo que se afirma *infra*, n. 75.

⁷³ El deber de cuidado operaría entonces como baremo o criterio de medición (de tipicidad) del hecho imputado por vía extraordinaria, gracias al recurso a incumbencia de conocer. Aunque exceda del tema que nos ocupa, conviene recordar que la imputación de un proceso como hecho supone que el sujeto obra con conocimiento y volición; y es ese hecho el que luego se imputa como típico, como típico doloso a los efectos de un concreto precepto. El conocimiento del sujeto sirve así primero para imputar el proceso como hecho, y luego además para valorar el hecho como típico. Véase lo que expongo en otro lugar: *La libertad del Derecho penal*, 2014, pp. 204-205.

⁷⁴ Véase en cambio, la opinión de Feijoo recogida *supra*, en n. 47. Para HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 418, hay que mantener separados los conceptos de (infracción de una) incumbencia y de (infracción de un) deber, sobre todo en sede de imprudencia (por el deber de cuidado).

⁷⁵ De tal manera que es posible imputar por vía extraordinaria y después considerar el hecho como tipo doloso eventual, en casos de errores burdos (que pueden ser errores en sentido literal), o de ceguera ante los hechos. Me he referido a esta cuestión en SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 560; EL MISMO, *La libertad del Derecho penal*, 2014, pp. 94, 97.

⁷⁶ A esto debe unirse las respuestas a las críticas habituales a la imputación extraordinaria basada en el modelo de la excepción (recuérdese: no respetar los «principios» de legalidad, tipicidad y culpabilidad, y el criterio de congruencia). A ellas me refería en SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 545-547, 557-558.

pequeña necesidad: la de describir cómo operan la *actio libera in causa*, la imprudencia, los errores vencibles, la provocación o no evitación de situaciones de inimputabilidad, y por extensión también los casos límite. No me parece operativa, por tanto, para explicar otros *topoi* que suelen añadirse en esta sede, como son la *actio illicita in causa*, la tentativa, el comportamiento negligente de la víctima, la razón de ser de las medidas de seguridad, por ejemplo. De este modo, conviene centrar el estudio de las incumbencias y «evitar la sobrecarga» con que en ocasiones parece someterse a su concepto.

2. Como ya se expuso *supra* (II.2, párr. 1), la idea suele referirse a conceptos como los de deberes secundarios o accesorios, obligaciones subsidiarias, operatividad como regla y excepción, imputación extraordinaria, fraude de ley, *venire contra factum proprium*, «normas de flanqueo»... Dicha conexión semántica pone de relieve que los conceptos de norma y deber no logran explicar todo, que no llegan a dar razón de todas las realidades deónticas con las que operamos en la *agencia*, tanto al llevar a cabo conductas, como para imputar. Es preciso contar con algún concepto adicional que explique el paso de la norma al deber, algo previo al deber pero orientado a este (véase *supra*, II.2, párr. 4). Este sí sería el ámbito propio de las incumbencias según entiendo⁷⁷. También se señaló *supra* (II.1, párr. 2), que el contenido de las incumbencias guarda similitud con otros deberes (indicaba entonces los ámbitos de la conducta de autopuesta en peligro de la víctima, y de las obligaciones que recaen sobre personas jurídicas) por tratarse de ámbitos en los que se espera algo del destinatario de la obligación: que hará algo de su parte respecto a la concreta prestación a realizar. Y en ese sentido, genera la expectativa de que la concreción de la norma, imprecisa por lo demás, cae de su lado. En ambos grupos de supuestos se trata de obligaciones poco precisadas y que atañe a su destinatario detallar en el caso concreto.

3. Llegados a este punto, podemos resumir las diferencias que median entre deber e incumbencia. En primer lugar, por el *grado de concreción* (o de abstracción) en la formulación del mensaje al destinatario: es más concreto en el deber que en la incumbencia; y así, el contenido normativo esperable en el caso del deber es ya concreto y hábil para el caso singular, mientras que en la incumbencia hay todavía que precisar la premisa menor para el caso singular. En segundo lugar, por la exigibilidad de su cumplimiento: el del deber *puede exigirse* directa (cabe legítima defensa, cumplimiento de un deber... frente al destinatario que lo incumpla, por ejemplo) o indirectamente (ante los órganos de la Administración de Justicia, por ejemplo), mientras que la incumbencia no es directa o indirectamente exigible hasta que se materialice en el momento de cumplir el deber. Y en tercer lugar, por las consecuencias de la infracción: en el caso del deber es *sancionable*, pues la consecuencia de su infracción se halla prevista como sanción, mientras que la consecuencia de infringir la incumbencia será el restablecimiento de la imputación, lo cual posibilita a continuación proseguir en su caso con la valoración del hecho como contrario a deber (al menos en las prohibiciones y mandatos; no así en las permisiones: causas de justificación).

⁷⁷ Obsérvese que la incumbencia no es un mero deber previo, una suerte de obligación previa al deber propio del delito (como, sin embargo, parece asimilarse en alguna ocasión: véase *supra*, n. 47). Ciertamente existen deberes previos que no constituyen incumbencias, sino auténticos deberes «listos para ser cumplidos»: así, sobre todo, el deber que da contenido al delito de no denunciar delitos que se van a cometer; o el deber de desistir que recae sobre quien ya ha dado comienzo a cualquier delito.

4. Conclusión

1. Que las incumbencias existen en Derecho penal es algo que a estas alturas parece que debe afirmarse. Por tanto, mi respuesta a la pregunta formulada por MONTIEL es menos escéptica que la suya⁷⁸; a la vez, es más precisa de lo que se pueda pensar⁷⁹. La categoría de incumbencia tiene sentido en la dogmática penal, pero siempre que precisemos su función.

2. Su función es restablecer la imputación. Esa es su concreta operatividad. Y no la de atenuar la sanción en ciertos casos. Esto es algo distinto. Me parece que tienen capacidad explicativa para ciertos grupos de casos nada irrelevantes: *actio libera in causa* y la provocación o no evitación de situaciones de inimputabilidad, así como los errores vencibles sobre elementos del tipo o de la norma de conducta.

3. En definitiva, su operatividad se manifiesta en sede de imputación extraordinaria, un ámbito nada desdeñable del Derecho penal, en el que hay un espacio para la fundamentación con base en las incumbencias. Que eso exija profundizar en su estudio no es algo que parezca aplazable, sino algo que incumbe llevar a cabo a la doctrina penal.

5. Bibliografía

BYRD/HRUSCHKA (2010), *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge.

CANCIO MELIÁ (1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, JM Bosch, Barcelona.

COCA VILA (2013), «¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, págs. 43-76.

CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

DE ÁNGEL YAGÜE (1988), *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao.

- EL MISMO (1993), *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid.

DIEZ-PICAZO (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

⁷⁸ En MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 21.

⁷⁹ Véase MONTIEL, *InDret Penal*, (4), 2014, p. 13, n. 82 y pp. 13-14, n. 88.

DOMINGO (coord.) (2006), *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FEIJOO SÁNCHEZ (2001), *Resultado lesivo en imprudencia*, JM Bosch, Barcelona.

FERRATER MORA (2009), *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona.

HÖRNLE (2012), «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (orig., 2006; trad., Montaner), Atelier, Barcelona, págs. 87-100.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York.

- EL MISMO (2005), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra); edición latinoamericana, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2009.

- EL MISMO (1979), «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en *Festschrift für Paul Bockelmann*, CH Beck, Múnich, págs. 421-436.

- EL MISMO (2005), «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*» (orig., 1984), en ID., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 55-88.

- EL MISMO (2005), «Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho» (orig., 2004), en ID., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 41-54.

JAKOBS (1997), *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad., Cuello/Serrano, de la 2ª ed. alemana, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1991), Marcial Pons, Madrid.

- EL MISMO (1997), «Prohibición de regreso en los delitos de resultado» (orig., 1977; trad., Cancio), en ID., *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, págs. 241-270.

- EL MISMO (2012), *System der Strafrechtliche Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfurt d.M.

KANT (1785), *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín, vol. IV.

- EL MISMO (1788), *Kritik der praktischen Vernunft*, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín, vol. V.

KAUFMANN, Armin (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Schwartz, Gotinga.

KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Fränkfort d.M.

LARENZ (1927), *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Leipzig, [reimpr., Scientia, Aalen, 1970]).

MAÑALICH (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.

- EL MISMO (2014), *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid.

MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, JM Bosch, Barcelona.

MOLINER (2007), *Diccionario de uso del español*, 3ª ed., Gredos, Madrid.

MONTIEL (2014), «¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?», *InDret Penal*, (4), 29 págs.

NINO (1980), *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* [trad., Navarro], Astrea, Buenos Aires.

ROBLES PLANAS (2009), «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret Penal*, (2), 12 págs.

ROCA (2000), *Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

ROXIN (1976), «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes» [orig., 1962], en ID. *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón), Reus, Madrid, págs. 149-180.

- EL MISMO (1976), «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal» (orig., 1970), en ID. *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón), Reus, Madrid, págs. 128-148.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2006), «La imputación al sujeto de sus defectos de imputación», en AA.VV., *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, tomo I, Ara Editores, Lima, págs. 241-268.

- EL MISMO (2008), *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires.

- EL MISMO (2009), «Las incumbencias como normas de conducta», en ŠILAR/SCHWEMBER AUGIER (eds.), *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad. Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, págs. 157-163.

- EL MISMO (2010), «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Wolters Kluwer-La ley, Madrid, págs. 535-561.

- EL MISMO (2014), *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona.

SCHMIDT (1953), *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe.

SILVA SÁNCHEZ (2013), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en ID. (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, págs. 15-42.

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.